خطأ تقسيم النكاح الى فاسد وباطل
تحقيق ، ونقد ، واقتراح أفضل فى التقسيم

مصطفى احمد الزرقاء★

---

(١) اصل نظرية الفساد عند الحنفية

ان التمييز بين الباطل والفاسد من عقود النكاح كان ولا يزال مدار اضطراب كبير فى مباحث الفقه . فالعقد الباطل غير منعقد باجماع المذاهب الفقهية ، ولا تترتب عليه آثار الصحيح .

أما العقد الفاسد فان المذهب الحنفى الذى أسس نظرية الفساد فى العقود المالية من بيع ونحوه ، واعتبرها محطة متوسطة بين البطلان والصحة ، يعتبر العقد الفاسد فى المعاملات منعقدا ، واذا تم تنفيذه رضاء أنتج ، وهو فاسد ، جميع آثاره المقررة له شرعا فى حال الصحة من نقل الملكية أو غيره ، لكنه يقبل الفسخ ، بل يجب فسخه حسبة بقوة القضاء ان لم يفسخه المتعاقدان اختيارا ، وذلك ما لم يمنع من فسخه مانع كما لو باع المشترى بيعا صحيحا ما كان اشتراه شراء فاسدا حتى

★ الأستاذ بكلية الشريعة ـ الجامعة الأردنية .

ترتب ببيعه الجديد حق مكتسب للمشترى الثانى . فاذا حصل مثل هذا المانع امتنع فسخ العقد الفاسد السابق صيانة لحق الشخص الثالث . وهذا الامتناع هو من فروع نظرية صيانة الحق المكتسب رعاية للمصلحة فى استقرار المعاملات .

هذا هو فى قواعد المذهب الحنفى مبنى نظرية الفساد التى هى حنفية المنشأ فى حدود نطاقها المحدود ، لأن الفساد لا يجرى فى جميع العقود .

ونطاق نظرية الفساد عند الحنفية انما هو العقود المالية التى تنشيء التزامات متقابلة و تنقل الملكية . كالبيع والصلح والاجارة والقسمة ، وكالهبة .

ففى هذا النوع من العقود فقط يجرى التمييز بين الباطل والفاسد منها بالفوارق التى أوجزناها آنفا .

ويخرج عن هذا النطاق التصرفات الفعلية كقبض المبيع ، وتصرفات الارادة المنفردة كالطلاق والوقف والوصية ، لأن كل ذلك ليس بعقود .

ويخرج عنه أيضا العقود غير المالية كالزواج والوكالة .

فكل هذه التصرفات والعقود التى تخرج عن ذلك النطاق الذى حددناه لنظرية الفساد عند الحنفية ليس لها حالة ثالثة تسمى فسادا متميزة عن الصحة والبطلان من حيث الانعقاد والآثار كما تقدم بيانه ، وانما لها درجتا صحة وبطلان فقط ، نظير العبادات من صلاة وصيام وحج ، فلا فرق بين فاسدها وباطلها فى شيء من الاحكام . فالفاسد فيها مرادف للباطل ، وكلاهما غير منعقد .

(ب) ـ الفساد والبطلان فى عقد الزواج

ثم ان فريقا من فقهاء الحنفية ارادوا أن يستخدموا لفظ الفساد فى التمييز بين أنواع النكاح غير المنعقد بغية ضبط الأحكام بألفاظ اصطلاحية مميزة . ذلك لأنهم لحظوا أن عقد النكاح لا يشبه العقود المالية من حيث الأثر ، لأن آثار العقود المالية انما هى كلها حقوق والتزامات خاصة بالمتعاقدين . أما عقد النكاح فتترتب فيه ثلاثة أنواع من الآثار .

١ ـ آثار هى حقوق لأصحابها ، كالنفقة الزوجية والطاعة الزوجية والتوارث .

٢ ـ وآثار فيها حقوق لغير المتعاقدين كنسب الأولاد .

٣ ـ وآثار فيها حقوق عامة للشرع هى من قبيل النظام العام كالعدة .

ا ـ فاما النوع الأول الخاص من هذه الآثار وهو الحقوق الخاصة المحضة فلا يثبت الا فى نكاح صحيح ، وهو الزواج المنعقد .

ب ـ وأما النوعان الآخران من النسب والعدة فانهما كما يثبتان شرعا فى النكاح المنعقد يثبتان أيضا فى بعض حالات النكاح غير المنعقد اذا أعقبه دخول ، وهى الحالات التى يعتبر فيها وجود شبهة صالحة لنفى عقوبة حد الزنى الشرعى ولو كانت تقتضي استحقاق عقوبة تعزيرية أخرى . حتى ان النسب والعدة يثبتان فى حالات الوطء بشبهة دون أن يكون هناك عقد زواج أصلا ، وذلك كما اذا زفت الى رجل امراة غير زوجته المعقود عليها على ظن أنها هى زوجته ، فدخل بها وهو لا يعرفها من قبل ثم تبين الأمر . ففى

هذه الحال وأشباهها يثبت نسب الولد ان حصل حمل كما تثبت العدة ، وتستحق المرأة مهر المثل رغم عدم وجود زواج أصلا بينهما .

هذا ما دعا بعض متأخرى الفقهاء من الحنفية أن يصفوا بعض حالات النكاح غير المنعقد بصفة الفساد ، (وهى تلك الحالات التى توجد فيها شبهة ينتفى معها حد الزنى وتثبت بعض آثار النكاح الصحيح) ، وأن يسموا النكاح فى هذه الحالات نكاحا فاسدا ، ناظرين الى ثبوت بعض آثار الصحيح فيه اذا أعقبه دخول تمييزا له عن الباطل الذى لا يثبت فيه أثر من الآثار ، بل يعتبر الدخول فيه زنى محضا .

فالنكاح الذى سمى فاسدا هو درجة ثالثة بين الصحيح والباطل من حيث الآثار ، فانه لا تثبت فيه جميع آثار النكاح الشرعية منذ العقد كما تثبت فى الصحيح المنعقد ، ولا تنفى كلها ولو وقع دخول كما فى الباطل غير المنعقد .

لذلك رأوا أن هذه الدرجة المتوسطة فى حالات النكاح تشبه الدرجة المتوسطة بين الصحة والبطلان فى العقود المالية ، من حيث كونها درجة ثالثة بالنسبة الى ثبوت الآثار عند تنفيذ العقد ، فسموها فسادا ، وسموا عقد النكاح فيها فاسدا ، استفادة من هذا الاصطلاح القائم فى المعاملات المالية ، وان كان الشبه غير تام من جميع الوجوه ، بل هناك مفارقات بين الفاسد من الأنكحة والفاسد من المعاملات المالية من النقاط التالية :

١ ــ ان الفاسد من الأنكحة غير منعقد . أما الفاسد من المعاملات المالية فمنعقد .

٢ ــ ان نتيجة الانعقاد فى الفاسد من العقود المالية كونه يترتب عليه عند التنفيذ بالتسليم والتسلم جميع الآثار المقررة له فى حال

الصحة ، فتنتقل الملكية ان كان ناقلا لها ، وتترتب جميع الالتزامات المقابلة لها . وكل ذلك يعتبر أثرا للعقد مستندا اليه لا الى التنفيذ وان كانت هذه الآثار يتاخر ثبوتها فيه الى ما بعد التنفيذ ، لأن الفاسد عرضة للفسخ بارادة كل من الطرفين وارادة القاضي ، فلا يستعجل فى اثبات آثاره منذ العقد كما فى العقد الصحيح ، بل تؤخر الى التنفيذ لاحتمال فسخه قبله ، وذلك خير من تعريض هذه الآثار للنقض بعد الثبوت اذا فسخ العقد قبل التنفيذ .

أما الفاسد من الأنكحة فلا تترتب عليه بالتنفيذ (الدخول) جميع آثار النكاح الصحيح من ملك المتعة والنفقة الزوجية والمتابعة والطاعة والتوارث الخ ... وانما يترتب عليه بالتنفيذ ، وبصورة استثنائية ، بعض الآثار التى هى من لوازم نفى عقوبة الحد الشرعى ، وتعتبر من صميم النظام العام فى نظر الاسلام ، وهى (المهر ، والعدة ، ونسب الولد) . وهذه الآثار تثبت فى كل وطء بشبهة ولو دون عقد ، ولذا تعتبر فى الحقيقة هذه الآثار عند ثبوتها آثارا لتنفيذ النكاح الفاسد ، لا آثارا للعقد نفسه . أى أنها تثبت آثارا للدخول المبنى على عقد النكاح الفاسد باعتبار أنه دخول بشبهة وهذه الشبهة نشأت من وجود العقد الفاسد . ولذا انحصرت هذه الآثار فى الأمور التى تثبت بالدخول بشبهة دون عقد .

٣ ـ ان الفاسد من عقود المعاملات المالية عند الحنفية يمتنع فسخه فيستقر ويصبح كالصحيح اذا أعقبه عقد رتب حقوقا للغير (لشخص ثالث) كما تقدم بيانه ، بخلاف الفاسد من الأنكحة فانه لا يستقر بحال من الأحوال ، بل يفرق القاضي بين الرجل والمرأة فيه متى علم باجتماعهما ، كما يحول بين كل متخادنين ، ويعاقبهما عقوبة التعزير لسقوط الحد بشبهة العقد .

وهذا أيضا نتيجة لكون العقد الفاسد فى المعاملات المالية منعقدا ، وفى الأنكحة غير منعقد ، وانما هو صورة عقد صلحت لأن تعتبر شبهة

تسقط عقوبة الحد عن حادثة الدخول غير المشروع بالمرأة ، وتحولها الى عقوبة التعزير .

أى أن عقد الزواج الفاسد هو عقد باطل مقترن بشبهة .

يتضح من كل ما تقدم :

أ – أن الباطل والفاسد من الانكحة فى نظر فقهاء الحنفية أنفسهم لا فرق بينهما من حيث الانعقاد وعدمه ، فكلاهما غير منعقد .

ب – وأن الفرق بينهما انما هو فى وجود شبهة كافية لاسقاط عقوبة الحد فى احدهما وعدم وجود هذه الشبهة فى الآخر .

ففى الحالات التى ترافقها تلك الشبهة يسمى النكاح غير المنعقد فاسدا ، وفى الحالات التى تتجرد عن الشبهة يسمى باطلا .

والنتيجة فى الحالة الأولى (الفاسد) أن يعتبر الدخول الذى يعقبه دخولا بشبهة من نوع شبهة العقد ، فتثبت فيه الآثار التى تثبت فى كل وطء بشبهة ، وهى : (المهر والنسب والعدة) .

والنتيجة فى الحالة الثانية (الباطل) ان يعتبر الدخول الذى يعقبه زنى محضا تجب فيه عقوبة الحد الشرعى ، ولا يثبت فيه شيء من آثار النكاح أصلا .

وتسمية هذا بالباطل وذلك بالفاسد انما هى لأجل الدلالة على ثبوت هذه الآثار المحدودة أو عدم ثبوتها ، وليست هذه التسمية للدلالة على الانعقاد وعدمه كما فى المعاملات المالية المستعار منها لفظ الفاسد .

هذا هو التحقيق الصحيح فى التمييز بين فاسد النكاح وباطله عند الحنفية الذين ميزوا بينهما ، وهو الذى تؤيده دلائل النصوص المعتبرة .

(ج) ـ نصوص المذهب الحنفى

فى هذا المقـــام

١ ـ قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير أوائل كتاب النكـــاح ج ٣ ص/١٠٢/ ما نصه :

« الانعقاد هو ارتباط احد الكلامين (الايجاب والقبول) بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الأحكام » .

ومفاده أن الذى لا يستعقب الأحكام لا يرتبط فيه الايجاب بالقبول، فلا ينعقد . وكلام الفقهاء صريح مستفيض متـــونا وشروحا أن النكاح الفاسد لا يثبت فيه شيء من الأحكام ولا يفيد الحل بمجرد العقد ولا يقع فيه طلاق ، وانما يثبت بالدخول فيه ، باعتباره دخولا ، بشبهة ثلاثة أحكام فقط : المهر ، والنســب ، والعـــدة ، وهى التى تثبت فى كل دخول بشبهة ولو دون عقد . والعقد الفاسد هنا هو الشـــبهة فى حل هذا الدخول .

٢ ـ وقال صاحب الهداية فى أوائل كتاب النكاح أيضا ما نصه :

« ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين عاقلين .. الخ »

وقد نقل ابن عابدين عن فتح القدير شرح الهداية للكمـــال ابن الهمام التمثيل للنكاح الفاسد بأنه **« النكاح بغير شهود ، ونكاح زوجة الغير دون علم بانها متزوجة ، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحـــل عند أبى حنيفة . أما عند صاحبيه فان نكاح المحارم مع العلم بعـــدم الحل باطل » .**

(انظر رد المحتار باب العـــدة ج ٢ ص /٦٥٧/الطبعة الأولى الاميرية ذات القطع الكبير) .

ومفاد هذه النصوص ان النكاح الفاسد هو من حيث الانعقـــاد كالباطل غير منعقد ، لأن صاحب الهداية يصرح بأن النكاح بغير شهود

ليس بمنعقد ، وشارح الهداية صاحب الفتح وابن عابدين يصرحان بأن النكاح بغير شهود هو من نوع الفاســد ، فالنتيجة أن الفاســد غير منعقد .

ولا يخفى أن كتاب « الهداية » من عمـــد كتب المذهب الحنفى وصاحبها الامام المرغينانى من المتقـــدمين المشـــهورين بدقة التعبير والصياغة ، حتى أن له فى عرض الآراء والأدلة عند اختلاف الفقهـــاء طريقة خاصة معروفة يستفاد منهـــا رأيه فى الترجيـــح دون تصريح . وشارحها الكمال بن الهمام صاحب فتح القدير هـــو معدود من رؤوس المحققين والمرجحين فى المذهب ، وقد صرحوا بأنه بلغ رتبة الاجتهاد المطـــلق .

٣ ـ وقال صاحب الهداية أيضا ما نصه :

« فان تزوج حبلى من زنى جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضـــع حملها » .

وقال أبو يوسف : « النكاح فاسد » وان كان الحمل ثابت النســب فالنكاح باطل بالاجماع .

فان تزوج حاملا من السبى فالنكاح فاسد ، لأنه ثابت النسب . وان زوّج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل ، لأنها فراش لمولاها ، حتى انه يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة » الخ ...

وقال الكمال ابن الهمام فى شرحه فتح القدير تعليقا على قـــول الهداية : « فالنكاح باطل » ما نصه :

« وذكر (الفاسد) فيما تقدم ، ولا فـــرق بينهمـــا فى النكاح بخلاف البيع » .

أى لا فرق فى عدم الانعقاد ، لأن النسب والعدة والمهر هى أحكام مقرر فى المذهب الحنفى ثبوتها بالدخول فى النـــكاح الفاســـد لا فى الباطل كما هو معلوم .

وقال الشيخ أكمل الدين فى شرحه «العناية على الهداية» تعليقا على ذلك أيضا ما نصه :

« وانما ذكر لفظ الفاسد فى المسألتين المتقدمتين (١) ولفظ الباطل (٢) هنا ــ وان كان المراد بالفاسد هناك الباطل أيضا على ما ذكره فخر الاسلام ــ لأن الحرمة فى المتقدمتين أهون » .

ثم بين صاحب العناية وجه هذه الأهونية (أى ضعف الحرمة فى المسألتين المتقدمتين) بأن الحبلى من الزنى مختلف فى جواز وطئها اذا تزوجت ، كما أن الحبلى المسبية مختلف فى جواز العقد عليها ، فقد روى الحسن عن أبى حنيفة أن زواجها جائز ولكن لا يجوز لزوجها قربانها حتى تضع حملها ، أى أنها فى ذلك نظير الحامل من الزنى وان كان حمل هذه غير ثابت النسب وحمل المسبية ثابت النسب .

وهذا النص ، كما يفيد أن الفاسد والباطل من الأنكحة سواء فى عدم الانعقاد ، يبين أيضا منشأ التفريق بينهما فى التسمية ، وهو ضعف الحرمة وقوتها :

ــ فحيث تكون الحرمة أضعف وأهون ، كما فى الحالات المختلف فى جواز النكاح فيها بين الفقهاء اختلافا مستندا الى أدلة قوية معتبرة ، يكون الفساد ، ويسمى النكاح : فاسدا .

ــ وحيث تكون الحرمة أشد ، كما فى الحالات المجمع على عدم جواز النكاح فيها ، أو التى فيها خلاف غير مستند الى دليل قوى معتبر ، يكون البطلان ، ويسمى النكاح : باطلا .

ونقل ابن عابدين عن البحر عن المجتبى نظير هذا التفصيل فى

---

(١) هما زواج الحبلى من الزنى ، وزواج الحبلى المسبية .

(٢) اى فى زواج الحامل بحمل ثابت النسب ، وتزويج المولى امته الحامل اذا كانت أم ولده .

منشأ التمييز فى التسمية بين الباطل والفاسد تبعا للاتفاق على الحرمة أو الاختلاف فيها :

فما كان مختلفا فى حرمته فهو فاسد فى نظر الحنفية الذين يقولون بالحرمة . وما كان متفقا على حرمته فهو باطل .

(انظر رد المحتار باب العدة ج ٢ ص/٦٠٧/ الطبعة السابقة الذكر) .

وقد أورد ابن عابدين على هذا الضابط فى التمييز بين الفاسد والباطل من الأنكحة ما يخدشه . والواقع أن الاختلاف فى الحرمة هو أحد الأسباب فى التمييز بين الفاسد والباطل وليس هو كل شيء فى هذا التمييز عند الحنفية . فهناك أيضا قوة الشبهة وضعفها ، وقوة دليل الرأى المخالف أو وهيه .

٤ ـ وقال فى باب العدة من « تنوير الأبصار » ما نصه :
« وعدة المنكوحة نكاحا فاسدا الحيض للموت وغيره ، كفرقة أو متاركة » .

وقال شارحه صاحب الدر المختار هنا : « فلا عدة فى باطل » .
وعلق ابن عابدين فى حاشيته منتقدا على قول الشارح « فلا عدة فى باطل » ما نصه :

« فيه انه لا فرق بين الفاسد والباطل فى النكاح بخلاف البيع » . كما فى الفتح والمنظومة المحبية .

(رد المحتار ج ٢ ص / ٦٠٧ ـ ٦٠٨) .

٥ ـ وقال أيضا فى باب العدة من رد المحتار بمناسبة تحديد مبدأ العدة فى النكاح الفاسد ما نصه :

« ولنا أن السبب الموجب للعدة ـ اى فى النكاح الفاسد ـ هـو شبهة النكاح ، وان رفع هذه الشبهة بالتفريق » . الخ ..

ومفاده أن النكاح الفاسد ليس عقدا منعقدا ، وانما هو شبهة عقد .

٦ ـ وقال أيضا فى باب المهر من رد المحتار بعد ما نقل عن الفتاوى البزازية حكاية الخلاف فى كون نكاح المحارم فاسدا أو باطلا ما نصه :

« والظاهر أن المراد بالباطل ما وجوده كعدمه (١) ، ولذا لا يثبت النسب ولا العدة فى نكاح المحارم أيضا كما يعلم مما سيأتى فى الحداد . وفسر القهستانى هنا الفاسد بالباطل ، ومثله بنكاح المحارم .

(رد المحتار ج ٢ ص / ٣٥٠) .

٧ ـ ونقل الحصكفى فى الدر المختار عن مجمع الفتاوى أن المسلمة اذا تزوجت غير مسلم فالنكاح باطل ، فلا يثبت النسب منه ، ولا تجب العدة .

ونقل ابن عابدين فى رد المحتار عن الرحمتى تعليقا على ذلك بقوله :

« فالوطء فيه زنى لا يثبت به النسب ، بخلاف الفاسد فانه وطء بشبهة فيثبت به النسب . ولذا تكون بالفاسد فراشا لا بالباطل » .

(رد المحتار ج ٢ ص / ٣٥٠ و ٦٣٣) .

ومفاد هذا النص أن نقطة الارتكاز فى الفرق بين الفاسد والباطل من الانكحة هى أن الفاسد يعتبر فيه شبهة وتترتب على الدخول فيه أحكام الوطء بشبهة . أما الباطل فلا يعتبر فيه شبهة فيبقى الدخول فيه زنى محضا .

---

(١) أى أن مراد الفقهاء بالنكاح الباطل ما لا يصلح أن يكون شبهة كافية لدرء عقوبة الحد وثبوت النسب وايجاب العدة كما يعلم من سياق كلامه .

أما من حيث الانعقاد فلا فرق بينهما فى عدم الانعقاد ، لأن تلك الأحكام الاستثنائية التى تترتب على الوطء بشبهة (وهى المهر والعدة والنسب) لا تستلزم الانعقاد ولا تتوقف عليه ما دامت تثبت فى كل وطء بشبهة ولو دون عقد أصلا .

هذا ما يستخلص من النظر فى مختلف النصوص الفقهية التى أوردناها .

ولكن بعضا من الأساتذة المعاصرين يتراءى من كتاباتهم أنهم يظنون الفاسد من الأنكحة منعقدا ، قياسا على الفاسد من البيوع (١) .

وقد ساعد على الوقوع فى هذا الخطأ تصريح فقهاء الحنفية بأن النكاح الفاسد يفسخه كل من الطرفين كما يفسخه أيضا القاضي حسبة ان لم يفسخه أحدهما . ذلك لأن الفسخ يستلزم سبق الانعقاد ، فغير المنعقد باطل والباطل لا يفسخ فسخا لأنه كالمعدوم . والواقع أن تعبير الفقهاء موهم ، ولكن مرادهم بالفسخ هنا غير مرادهم بالفسخ فى البيع الفاسد ، يعرف ذلك الراسخون والمتمرسون فى فهم كلام الفقهاء . فقد جاء فى باب المهر فى « تنوير الأبصار » وشرحه ، «الدر المختار » أثناء الكلام عن النكاح الفاسد ما نصه :

« ويثبت لكل واحد منهما فسخه ولو بغير محضر من صاحبه ... وتجب العدة بعد الوطء لا الخلوة من وقت التفريق أو متاركة الزوج » الخ ...

وقال العلامة ابن عابدين فى رد المحتار نقلا عن العلامة الحلبى تعليقا على قوله : « من وقت التفريق » ما نصه :

« أى تفريق القاضي . ومثله التفرق ، وهو فسخهما أو فسخ أحدهما » .

---

(١) انظر كتاب « أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية » للأستاذ المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف في بحث شروط صحة الزواج ص/٢٥/ .

(رد المحتار ج ٢ ص / ٣٥١) .

ومفاده أن فسخ النكاح من قبل الطرفين أو أحدهما هو المراد بالتفريق أو المتاركة اللذين يعبر بهما الفقهاء أيضا فى هذا المقام ، ويقولون أن العدة فى النكاح الفاسد تبدأ منذ التفرق أو المتاركة . ففسخ القاضي معناه التفريق الاجبارى بينهما بأمر القاضي ان لم يتفرقا من تلقاء أنفسهما ، فهو بمعنى الحيلولة المادية لمنع استمرار الاجتماع غير المشروع ، وليس بمعنى حل العقد المنعقد ، ولذا اعتبروا هذا التفريق بينهما ، ان لم يتفرقا ، واجبا دينيا حسبيا على القاضي لأنه ازالة لمعصية الاجتماع غير المشروع (انظر الدر المختار وحاشيته فى المكان السابق) .

(د) ـ ملاحظات فى ضوء ما تقدم

بناء على كل ما تقدم بيانه يجب أن يلحظ عند تقنين أحكام النكاح ما يلى :

١ ـ ان النكاح الفاسد والنكاح الباطل هما سواء فى عدم الانعقاد، وهما مختلفان فى الأحكام .

٢ ـ ان نقطة الارتكاز فى الفرق بين الفاسد والباطل من الأنكحة هى الشبهة ، فان الفاسد ، رغم عدم انعقاده ، هو الذى فيه شبهة كافية لدرء عقوبة الحد اذا أعقبه دخول . أما الباطل فليس فيه هذه الشبهة .

٣ ـ أن وجود الشبهة النافية للحد فى النكاح الفاسد هو الذى يجعل الدخول فيه من قبيل الدخول بشبهة ، ويرتب عليه تلك الأحكام الاستثنائية (المهر ، والعدة ، ونسب الولد) رغم أنه باطل من حيث الانعقاد ، لأنه غير منعقد .

ومن المألوف فى النظرين الشرعى والقانونى أن يترتب على

العقد الباطل ، فى بعض الحالات الخاصة ، بعض احكام العقد الصحيح استثناء من القواعد .

٤ ـ ان استعمال لفظ (الفساد والفاسد) فى باب النكاح بغير معناه الاصطلاحى المعروف فى باب المعاملات المالية ، وذلك للدلالة فقط على ثبوت بعض الأحكام الاستثنائية لبعض حالات بطلان النكاح ، قد أدى الى اضطراب كثير فى تحديد طبيعة النكاح الفاسد وتحقيق معناه المقصود ، ولا سيما مع وجود عبارات للفقهاء ذات دلالات متنافية ان لم تحمل كل منها على جهة ، وذلك كقولهم : « ان الفاسد والباطل فى النكاح سواء » (والمقصود بذلك أنهما سواء فى عدم الانعقاد) ، وقولهم : « ان الفاسد يثبت فيه النسب والعدة والمهر دون الباطل » وقولهم : « ان الفاسد يفسخه القاضي وجوبا » مما سبق بيانه وايضاح معانيه المقصودة .

وهذا الاضطراب ناشيء من أن التعبير بفساد النكاح عند فقهاء الحنفية له معنى غير معناه لديهم فى المعاملات المالية ، وأن الفقهاء الأوائل الذين استخدموا لفظ الفساد فى النكاح للدلالة على تلك الحالات الخاصة من البطلان وتمييزها بأحكام استثنائية لم يوضحوا المراد بهذا اللفظ فى باب النكاح منذ بداية استعماله ، فنشأ هذا الاضطراب .

وقد كان من نتائج ذلك أن قانون حقوق العائلة العثمانى ، وكذا قانون الأحوال الشخصية الذى حلّ محله فى سورية عام / ١٩٥٣ / قد خرجا من هذا الاضطراب بحصر البطلان فى حالة واحدة فقط هى زواج المراة المسلمة بغير مسلم ، واعتبرا كل حالة أخرى تخلّف فيها بعض شرائط الزواج من قبيل النكاح الفاسد وهذا فيه تسهيل لتمييز الفاسد عن الباطل من الانكحة ، ولكنه قد أدى الى نتيجة نابية غير مستساغة ، وهى أن نكاح الرجل لاحدى محارمه مهما كانت قرابتها قريبة وحرمتها واضحة (كامه أو بنته أو أخته) ، يعتبر فاسدا لا باطلا مع أنه جريمة أشنع شرعا وعقلا وقانونا من الزنى بالأجنبية ، رغم صورة العقد .

(هـ) ـ المنهج الجديد الواجب الاعتماد

فى هذا الموضوع عند تقنين أحكام النكاح

فلجميع هذه الملاحظات ينبغى الخروج من هذا الاضطراب الذى جعل من موضوع فاسد النكاح وباطله مشكلة عويصة فى الدراسة والتشريع والتطبيق ، وأن يردّ الأمر الى جادته الأصلية باصطلاح وتقسيم جديدين يجمعان بين الوضوح والانسجام مع واقع الأمر فى الأحكام . وذلك بأن يقسم النكاح من حيث الصحة وعدمها الى نوعين : صحيح وباطل فقط ، أى منعقد وغير منعقد ، باعتبار أن الفاسد غير منعقد ، وأن تسميته فى الأصل بالفاسد انما هى لتمييزه ببعض الآثار فقط لا بالانعقاد .

وهذا التقسيم يتمشي مع سائر المذاهب الاجتهادية التى لم تأخذ بنظرية الفساد الحنفية ، والتى ليس عندها للعقود كافة سوى مرتبتى صحة وبطلان .

ثم يقسم الزواج الصحيح الى نافذ وغير نافذ ، كما يقسم النافذ الى لازم وغير لازم ، وتحدد مفاهيم النفاذ واللزوم وعدمهما وآثارهما وفقا لترتيبها ولمعانيها المقررة لها فى العقود المالية عند الحنفية ، لعدم وجود فارق بين تلك المفاهيم والآثار فى العقود المالية عنها فى عقد الزواج .

هذا ، وقد ثبت بما أوضحناه أن وجود الشبهة هو العامل الوحيد فى تمييز الفاسد عن الباطل من الأنكحة عند الحنفية كما سبق بيانه ، بدليل أن جمهرة المذاهب الاجتهادية التى لا تقول بفرق بين الفساد والبطلان لا فى النكاح ولا فى المعاملات المالية تقرر ، كما يقرر الحنفية ، نفى عقوبة الحد ، وتثبت الآثار الثلاثة وهى المهر والعدة والنسب فى حالات الشبهة المعتبرة رغم بطلان النكاح ، كمن تزوج احدى محارمه وهما غير عالمين بالقرابة ، وكما لو زوجت المرأة نفسها دون ولى عند الشافعية والحنابلة .

قال فى المنهاج وشرحه نهاية المحتاج أوائل كتاب النكاح :

« ولا يصح النكاح الا بحضرة شاهدين للخبر الصحيح : لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل • وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » •

وقال أيضا اوائل فصل « من يعقد النكاح » ما نصه :

« والوطء فى نكاح بلا ولى يوجب مهر المثل لا المسمى لفساد النكاح » •

« ولا يوجب الحد وان اعتقد التحريم ، لشبهة اختلاف العلماء فى صحة النكاح لكن يعزر معتقد تحريمه » •

وقال موفق الدين بن قدامة المقدسي من فقهاء الحنابلة فى المغنى شرح مختصر الخرقى ما نصه :

وينعقد ـ أى النكاح ـ بشهادة عبدين • وقال أبو حنيفة والشافعى لا ينعقد « •• •• ولا حد فى وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله او حرمته • وعن احمد ما يدل على انه يجب الحد بالوطء فى النكاح بلا ولى اذا اعتقد حرمته ، وهو اختيار السمرقندى من أصحاب الشافعى •• •• ولنا أن هذا مختلف فى اباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات •• •• وان اتت بولد منه يلحقه نسبه فى الحالين (فصل) فاما الأنكحة الباطلة كنكاح المراة المزوجة او المعتدة او شبهه فاذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه » •

وبناء على كل ما تقدم ينبغى فى تاصيل هذا الموضوع (أى بطلان النكاح وفساده) ان يستبعد منه لفظ الفساد لانه هو مبعث المشكلة ، وأن يقسم الزواج الباطل ، أى غير المنعقد ، الى نوعين :

١ ـ باطل مشتبه ، وهو الذى فيه شبهة كافية لدرء الحد وثبوت الآثار الاستثنائية المذكورة • (وهذا الذى كان يسمى سابقا بالفاسد) •

ب ـ وباطل غير مشتبه ، وهو الذى يعتبر فى حكم الزنى المحض ، ولا يترتب على الدخول فيه اى أثر من آثار الزواج الصحيح ·

(وهذا الذى كان يسمى سابقا بالباطل) ·

ومزية هذا التقسيم وهذه التسمية :

١ ـ أنه يدل على عدم الانعقاد فى كل من النوعين المشتبه وغير المشتبه بمقتضي أن كلا منهما باطل ، والبطلان يدل بوضوح على معنى عدم الانعقاد شرعا وقانونا ، بخلاف لفظ الفاسد ، فيزول الغموض الذى يكتنف التمييز بين فاسد النكاح وباطله فى الفقه الحنفى وفى التقنينات التى استمدت منه هذا الاصطلاح فى باب النكاح ·

٢ ـ أن اسم (الباطل المشتبه) يعبر تعبيرا واضحا عن مناط الأحكام الاستثنائية التى تثبت فى بعض حالات بطلان النكاح ، تلك الحالات التى كان يعبر عنها بالفساد · وهذا المناط هو وجود الشبهة الكافية لدرء عقوبة الحد ·

وسبقت الاشارة الى أن قانون الاحوال الشخصية السورى ، وقبله قانون حقوق العائلة العثمانى ، قد حصرا بطلان الزواج فى حالة واحدة هى زواج المسلمة بغير المسلم ، واعتبرا أن كل ما سواهما هو من نوع الفاسد الذى تترتب على الدخول فيه الأحكام الاستثنائية الثلاثة ·

فدخل فى الفاسد نكاح المحارم مهما قربت وقويت المحرمية كنكاح الرجل أمه أو بنته أو اخته ولو كانا عالمين بالحرمة ·

وهذا ، وان كان يتمشي مع المنقول عن أبى حنيفة ، هو خلاف مذهب صاحبيه المفتى به فى حالة العلم بالحرمة ، وخلاف ما عليه جمهور المذاهب الاجتهادية الأخرى ، كما أنه من الفظاعة والبشاعة بحيث يبدو نابيا عن الطبيعة الانسانية ومنطق التشريع ·

لذلك ينبغى توسيع دائرة البطلان غير المشتبه فى تقنين أحكام

النكاح حتى تشمل المحارم اللاتى تعتبر حرمتهن لا شبهة فيها لأحد يعيش فى وسط اسلامى ، وهذا هو رأى الصاحبين فيما اذا أقدم رجل على نكاح احدى أصوله أو فروعه أو اخته أو خالته أو عمته ، فيكون هذا النكاح باطلا غير مشتبه ، أى فى حكم الزنى المحض لا يترتب على الدخول فيه أى أثر ، كزواج المسلمة بغير المسلم .

وهذا لا يمنع ثبوت نسب الولد من الرجل اذا ادعاه الرجل بصورة مطلقة دون أن يضيفه الى هذا النكاح الباطل ، وفقا لقواعد ثبوت النسب بالاقرار كما هو مقرر فى المذهب الحنفى .

ويؤخذ برأى أبى حنيفة فيما سوى هؤلاء المحارم من درجات القرابة ، فيكون نكاحهن من نوع الباطل المشتبه (المسمى سابقا بالفاسد) ، فيترتب على الدخول فيه تلك الآثار الاستثنائية الثلاثة : المهر ، والنسب ، والعدة (١) .

---

(١) ـ تنظر المراجع الفقهية التالية :
ـ من فقه الحنفية : المراجع التى نقلنا عنها النصوص السابقة .
ـ ومن فقه الشافعية : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج٥ ص/ ١٦٧ و ١١٣ / وباب الزنى فيه أيضا .
ـ ومن فقه الحنابلة : « المغنى والشرح الكبير » ج ٧ ص / ٣٤٢ و ٣٤٤/ ٣٤٥/ .
ـ ومن الفقه العام : « المدخل الفقهى العام » لمصطفى أحمد الزرقا كاتب هذا البحث (الفقرات ٣٥١ ـ ٣٥٣ و ٣٦٣ ـ ٣٦٨ /) .
ـ « واحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية » للدكتور الشيخ عبد الرحمن تاج طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٣٧٤ للهجرة ص/ ٣٠ ـ ٣٢/، واحكام الاحوال الشخصية أيضا للاستاذ المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف بحث شروط انعقاد الزواج وصحته ، الطبعة الثانية بمطبعة دار الكتب المصرية سنة ١٣٥٧ / ص / ٢٣ ـ ٢٦ .